

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	138
Publicatiedatum	23-06-2007
Afleveringsnummer	6716
Titel	Overgang en uitoefening van nevenrechten bij stille cessie
Auteurs	Mr. R.J. van der Weijden, Onderzoeken bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.
Samenvatting	In deze bijdrage worden enkele vragen besproken met betrekking tot nevenrechten, behorend bij vorderingen die door middel van de op 1 oktober 2004 heringevoerde stille cessie worden of zijn overgedragen.
Paginanummers	574-583
Rubriek	Artikel



WPNR 2007(6716) Overgang en uitoefening van nevenrechten bij stille cessie

Overgang en uitoefening van nevenrechten bij stille cessie

1. Inleiding

Op 1 oktober 2004 is de cessie zonder mededelingsvereiste, de zogenaamde ‘stille cessie’ [\[noot:1\]](#), in het Burgerlijk Wetboek geherintroduceerd. [\[noot:2\]](#) Door toevoeging van een nieuw derde lid aan art. 3:94 BW is het nu mogelijk een vordering op naam over te dragen zonder daarvan mededeling te doen aan de schuldenaar van die vordering. Levering van de vordering aan de cessionaris vindt bij stille cessie plaats door middel van het registreren van een onderhandse akte respectievelijk het verlijden van een authentieke akte. Wegens het ‘stille’ karakter van de stille cessie ligt het voor de hand dat zolang de schuldenaar niet op de hoogte is van de cessie, deze nog steeds aan de cedent blijft betalen. Bij enkele in de financieringspraktijk gebruikte constructies zal dit laatste zelfs door partijen zijn beoogd. [\[noot:3\]](#) Heeft de cedent de vorderingen geïnd, dan is hij verplicht de ontvangen bedragen aan de cessionaris af te dragen. [\[noot:4\]](#) Het zal in de praktijk dikwijls voorkomen dat de schuldenaar niet uit eigen beweging de vordering aan de cedent betaalt. [\[noot:5\]](#) Kan in dat geval de cedent, ondanks dat hij géén rechthebbende meer op de vordering is, toch nakoming van de schuldenaar eisen? Kan hij, indien de vorige vraag bevestigend moet worden beantwoord, bij het innen van deze vordering zich van de aan de vordering verbonden nevenrechten bedienen? In de literatuur wordt voor het beantwoorden van deze laatste vraag doorslaggevend gevonden het antwoord op de vraag of de nevenrechten zich op dat moment nog in het vermogen van de cedent bevinden of dat zij reeds zijn overgegaan in het vermogen van de cessionaris. Het moment waarop de nevenrechten overgaan van de cedent op de cessionaris is eveneens van belang, zo wordt elders in de literatuur wel betoogd, voor financieringstransacties waarbij vorderingen gecedeerd worden waarvoor tot zekerheid van betaling een zogenaamde bankhypotheek is verstrekt.

Ten aanzien van de problematiek met betrekking tot zowel de overgang als de uitoefening van nevenrechten zijn door diverse auteurs reeds enkele suggesties gedaan waarvan ik er een aantal zal bespreken.

2. Overgang van nevenrechten

2.1. Inleiding

Het eerste lid van art. 6:142 BW zegt dat bij de overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser, deze nieuwe schuldeiser de daarbij behorende nevenrechten verkrijgt. Deze verkrijging geschiedt van rechtswege, dus zonder dat een daarop gerichte andere handeling nodig is.[\[noot:6\]](#) Als voorbeelden van ‘rechten die tot de vordering behoren’ noemt lid 1 rechten van pand en hypotheek, borgtocht, voorrechten en de bevoegdheid om bestaande executorialle titels ten uitvoer te leggen. Lid 2 voegt hier aan toe dat tevens onder de nevenrechten zijn begrepen het recht van de vorige schuldeiser op bedongen rente of boete of op een dwangsom.[\[noot:7\]](#) Deze opsomming is enuntiatief.[\[noot:8\]](#) Andere nevenrechten zijn bijvoorbeeld het aan de schuldeiser toekomende keuzerecht bij een alternatieve verbintenis en de bevoegdheid om een vordering door opzegging opeisbaar te maken.[\[noot:9\]](#) Deze rechten bepalen mede de inhoud van de vordering. Géén nevenrechten zijn rechten die aan de *rechtsverhouding* - en dus niet aan de *vordering* - tussen schuldeiser en schuldenaar zijn verbonden.[\[noot:10\]](#) Nevenrechten als pand, hypotheek en borgtocht zijn tevens afhankelijke rechten als in art. 3:7 BW en kunnen derhalve niet bestaan zonder het recht waarvan zij afhankelijk zijn. Nevenrechten en afhankelijke rechten onderscheiden zich van elkaar in zoverre dat nevenrechten slechts aan een vordering verbonden kunnen zijn. Dit geldt niet voor afhankelijke rechten. Deze kunnen immers ook aan andere categorieën rechten verbonden zijn. Daarnaast zijn afhankelijke rechten, in tegenstelling tot nevenrechten, altijd vermogensrechten.[\[noot:11\]](#)

2.2. Moment van overgang van nevenrechten: hoofdregel

De zinsnede ‘bij overgang’ in de eerste zin van lid 1 lijkt aan te geven dat het moment van overgang van de nevenrechten samenvalt met het moment waarop de vordering waaraan de nevenrechten zijn verbonden in het vermogen van de cessionaris belandt. Bij stille cessie is dit het moment van registratie van de onderhandse akte, dan wel het moment van passeren van de authentieke akte.[\[noot:12\]](#) Een andere uitleg lijkt op grond van de tekst van art. 6:142 BW niet voor de hand te liggen. Desalniettemin vraagt Steffens zich af, of het bij stille cessie mogelijk is dat de nevenrechten niet op het moment van overdracht van de vordering, maar pas op het moment van *mededeling* van de overdracht aan de schuldenaar op de cessionaris overgaan.[\[noot:13\]](#) Steffens fundeert deze stelling op de nauwe aansluiting van de inrichting van de stille cessie bij die van het stille pandrecht. Aangezien men het er over eens is - zij het op verschillende gronden - dat de openbaar pandhouder van een vordering de beschikking heeft over de aan de stil verpande vordering klevende nevenrechten, zou voor stille cessie gesteld kunnen worden dat op het moment dat de cessie aan de schuldenaar wordt medegedeeld - in haar visie het moment dat de cessionaris inningsbevoegd[\[noot:14\]](#) wordt - de nevenrechten op de cessionaris *overgaan*, aldus Steffens. Dit lijkt mij onjuist.[\[noot:15\]](#)

Steffens koppelt de overgang van de nevenrechten aan de *inningsbevoegdheid*, terwijl art. 6:142 BW duidelijk stelt dat nevenrechten verbonden zijn aan de *vordering*. Stel dat de cedent na de cessie inningsbevoegd blijft zoals Steffens betoogt, dan houdt dit nog niet in dat de vordering - en daarmee dus ook de nevenrechten - niet is overgegaan.[\[noot:16\]](#)

Daarnaast miskent zij door deze redenering te volgen het onderscheid tussen enerzijds het bij het innen van een vordering kunnen uitoefenen van aan een *ander* toekomende nevenrechten, en anderzijds het kunnen uitoefenen van *eigen* nevenrechten aangezien deze (nog) niet

goederenrechtelijk met de vordering zouden zijn *overgegaan*.[\[noot:17\]](#) Als uitgangspunt dient derhalve nog steeds genomen te worden dat nevenrechten overgaan wanneer ook de vordering overgaat waaraan zij verbonden zijn.

2.3. Een andersluidend beding?

Is op dit uitgangspunt, dat nevenrechten overgaan op hetzelfde moment dat ook de vordering overgaat, wellicht een uitzondering mogelijk indien cedent en cessionaris dit *overeenkomen*? Dit laatste zou volgens Steffens in ieder geval mogelijk moeten zijn indien haar stelling, dat bij stille cessie de nevenrechten van de cedent op de cessionaris overgaan op het moment van mededeling van de cessie aan de schuldenaar, toch niet houdbaar blijkt te zijn.[\[noot:18\]](#) Deze stelling wordt niet gevolgd door een stevige juridische onderbouwing. Een dergelijke uitleg van art. 6:142 BW zou dat, gezien zijn ‘onorthodoxe’ karakter, toch zeker verdienen. Onduidelijk is op welke grond Steffens deze overgang mogelijk acht. Om tot een dergelijk resultaat te *kunnen* komen, zou het voor cedent en cessionaris in elk geval mogelijk moeten zijn om bepaalde nevenrechten aan de hoofdregel van art. 6:142 BW te onttrekken door de overgang van deze rechten tot het moment van mededeling uit te stellen. Als vervolgens mededeling wordt gedaan, zullen deze rechten het vermogen van de cedent verlaten en vanaf dat moment tot het vermogen van de cessionaris gaan behoren. De vragen die zich opdringen zijn in hoeverre art. 6:142 BW hiervoor aan partijen de benodigde ruimte biedt, of de aard van de verschillende nevenrechten dit toelaat en of er geen andere problemen zijn die aan een dergelijke overgang in de weg staan.

Art. 6:142 BW

Biedt art. 6:142 BW voor cedent en cessionaris de ruimte om te bewerkstelligen dat nevenrechten niet overgaan op het moment dat ook de vordering overgaat - zoals uit de tekst van art. 6:142 BW voortvloeit -, maar op een ander overeengekomen tijdstip? Het gegeven dat dit artikel in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek staat, doet vermoeden dat het een bepaling van regelend recht betreft. Toch is mijns inziens enige terughoudendheid op zijn plaats; er staan immers verschillende bepalingen in Boek 6 BW waarvan, ondanks dat het niet expliciet uit de tekst van het betreffende artikel blijkt, mag worden uitgegaan dat ze van dwingend recht zijn.[\[noot:19\]](#) Desalniettemin ben ik van mening dat art. 6:142 BW van regelend recht is; bij een partiele cessie is het immers ook mogelijk om, in afwijking van de hoofdregel dat nevenrechten voor hetzelfde breukdeel overgaan, anders overeen te komen.[\[noot:20\]](#) Dit zou mijns inziens bij cessie van de gehele vordering ook zo moeten gelden.[\[noot:21\]](#)

De aard van nevenrechten

Is het mogelijk dat de nevenrechten zich nog in het vermogen van de cedent bevinden, terwijl de vordering waarbij deze nevenrechten behoren zich reeds in het vermogen van de cessionaris bevindt? Onder het oud BW is door o.a. Wiarda verdedigd dat het voor de cedent mogelijk is om bij de cessie de accessoria voor te behouden waardoor enkel de vordering zal overgaan op de cessionaris. De cedent kan de voorbehouden accessoria slechts invoeren, wanneer de schuldenaar de *cessionaris* niet voldoet. Hij kan de accessoria niet uitoefenen jegens de schuldenaar voor zijn eigen vorderingen, waarbij de accessoria niet behoren.[\[noot:22\]](#) Onder het BW dat vanaf 1992 in Nederland geldt, wordt een vergelijkbare ruime opvatting ten aanzien van accessoriëteit verdedigd door Kortmann, Rongen en Verhagen met betrekking tot afhankelijke zekerheidsrechten.[\[noot:23\]](#) Volgens auteurs verzet noch het beginsel van accessoriëteit noch het systeem van de wet zich tegen een scheiding van

de hoedanigheden van schuldeiser en zekerheidsgerechtigde. Ik onderschrijf deze stellingen. Voor de argumenten verwijs ik naar de bedoelde bijdrage van Kortmann, Rongen en Verhagen. Ook Snijders voelt niets voor een strikte interpretatie van het accessoriteitsbeginsel; hij bepleit een ‘open stelsel’ van vermogensrecht.^[noot:24] Het ‘gesloten stelsel’ waar men bij het goederenrecht vaak aan pleegt te denken, ziet slechts op eigendom en beperkte rechten, aldus Snijders.

Is met het oordeel dat art. 6:142 BW van regelend recht is en het accessoriteitsbeginsel geen beletsel vormt, gegeven dat bovenstaande constructie mogelijk is? Kiezen partijen ervoor om van art. 6:142 BW af te wijken dan is het de vraag op grond waarvan de overgang *dan wel* plaats zal vinden. Art. 3:80 lid 3 BW bepaalt immers dat *goederen* onder bijzondere titel slechts kunnen worden verkregen op de wijzen als in dat artikel genoemd en “voorts op overige in de wet (...) aangegeven wijzen van rechtsverkrijging”. Voor nevenrechten die geen vermogensrechten zijn^[noot:25], is onduidelijk of deze anders dan op de in art. 6:142 BW aangegeven wijze op de cessionaris kunnen overgaan. Daar partijen gekozen hebben om van art. 6:142 BW af te wijken ligt het niet voor de hand dat het dit artikel is dat de overgang rechtvaardigt. Het antwoord op de vraag of de in deze paragraaf besproken overgang mogelijk is, kan derhalve niet zonder meer bevestigend worden beantwoord.

2.4. Securitisation en bankhypotheken

De in §2.2. en §2.3. besproken stelling van Steffens dat nevenrechten, al dan niet door middel van een afspraak tussen cedent en cessionaris, pas op het moment van mededeling overgaan op de cessionaris, heeft zij voornamelijk geponeerd om de securitisation-praktijk een dienst te bewijzen. Bij het aangaan van de transactie zouden de banken dan niet onmiddellijk hun bankhypotheken deels hoeven op te zeggen, aldus Steffens.^[noot:26]

Of een dergelijke overgang naar het thans geldende recht mogelijk is heb ik reeds besproken. Een geheel andere vraag is of de securitisation-praktijk aan een dergelijke constructie eigenlijk wel behoefte heeft.

Ondanks dat het vooral de wens van de financieringspraktijk is geweest, die de wetgever heeft doen besluiten de stille cessie te herintroduceren in het BW, heeft het nog geruime tijd geduurd voordat de stille cessie ook daadwerkelijk voor securitisation-transacties^[noot:27] werd gebruikt. Bij dergelijke transacties worden grote aantallen vorderingen die veelal gecureerd zijn met een zogenaamde bankhypotheek^[noot:28] door de cedent (de ‘originator’) overgedragen op de cessionaris (het ‘Special Purpose Vehicle’, ofwel SPV). De reden dat van de stille cessie nog geruime tijd geen gebruik is gemaakt is dat het ten aanzien van deze bankhypotheken lange tijd onzeker is geweest of deze, net als ‘gewone’ hypotheken, als afhankelijk recht met de gecedeerde vordering overgaan.^[noot:29]

Bij een securitisation-transactie die wordt gestructureerd door middel van een openbare cessie wordt dit probleem ondervangen door de mededeling, en daarmee dus ook de overdracht^[noot:30], uit te stellen tot op in de overeenkomst tussen originator en SPV bepaalde momenten.^[noot:31] De originator verplicht zich om op of voor datzelfde moment haar bankhypotheken met betrekking tot de overige vorderingen^[noot:32] op te zeggen, zodat de bankhypotheken op het moment dat de mededeling wordt gedaan - het moment van overdracht derhalve - tot ‘vaste hypotheken’ zijn gereduceerd en op grond van art. 3:82 BW en art. 6:142 BW overgaan op het SPV. Gaat alles goed, dan hoeft helemaal geen mededeling

te worden gedaan. De bank blijft dan als rechthebbende de vorderingen innen[noot:33] en hoeft haar bankhypotheek niet deels op te zeggen.

Bij de stille cessie is deze laatste constructie echter moeilijk inpasbaar, daar de vordering door het enkele registreren van een onderhandse akte dan wel het passeren van een authentieke akte in het vermogen van het SPV terechtkomt. Hierdoor zou de bankhypotheek reeds vóór dit moment, dus nog voordat de transactie wordt aangegaan, deels jegens de schuldenaar moeten worden opgezegd. Dit laatste is om commerciële en logistieke redenen bezwaarlijk.

Bovendien zal de originator reeds in een vroeg stadium geen zekerheden meer hebben voor de vorderingen die zij na de cessie nog op de schuldenaar heeft of in de toekomst zal verkrijgen. Steffens denkt voor dit probleem de oplossing te hebben; indien de nevenrechten - waaronder dus ook de tot 'vaste hypotheek' gereduceerde bankhypotheek - niet op het moment van registratie of passeren van de akte, maar pas op het moment van *mededeling* op het SPV zouden overgaan, dan zou op dit moment ook pas de opzegging van de bankhypotheek hoeven te geschieden. Gaat alles goed, en doet zich een omstandigheid waarin het SPV de cessie aan de schuldenaar wil mededelen niet voor, blijft de originator de vorderingen innen[noot:34] en hoeft hij zijn bankhypotheek niet deels op te zeggen. Deze situatie toont sterke gelijkenissen met de situatie waarin van openbare cessie gebruik wordt gemaakt.

Inmiddels bedient de praktijk zich bij securitisationstransacties wèl van de stille cessie. Niet vanwege de door Steffens aangedragen oplossing, maar omdat men het er ondertussen over eens is dat een bankhypotheek, *zonder* dat zij voor een deel worden opgezegd, als afhankelijk recht met de vordering overgaat.[noot:35] Omdat de bankhypotheek zowel vorderingen van de cedent als vorderingen van de cessionaris op de schuldenaar secureert, komt het hypotheekrecht aan hen gezamenlijk toe. Er wordt van uitgegaan dat het hypotheekrecht zich in een gemeenschap bevindt, waarop titel 3.7. BW van toepassing is. Hier rijzen meteen weer nieuwe problemen. Onduidelijk is bijvoorbeeld wie er tot uitwinning van het zich in de gemeenschap bevindende hypotheekrecht bevoegd is.[noot:36] De conclusie dat ook hier zou moeten gelden dat degene die inningsbevoegd is, ook bevoegd is het hypotheekrecht uit te winnen lijkt niet voor de hand te liggen.[noot:37]

3. Inning van de vordering en het uitoefenen van de nevenrechten door de cedent

Een andere problematiek dan de in §2 besproken *overgang* van nevenrechten bij een stille cessie, is die met betrekking tot de *uitoefening* van nevenrechten bij stille cessie. Reeds eerder[noot:38] in dit opstel heb ik uiteengezet waarom het voor de financieringspraktijk van belang is dat de cedent, zonder dat de cessionaris bekend wordt bij de schuldenaar of mededeling aan de schuldenaar hoeft te doen, in en buiten rechte nakoming van de schuldenaar kan eisen en betalingen in ontvangst kan nemen.[noot:39] Als de cedent inderdaad inningsbevoegd is, dan is vervolgens van groot belang dat hij hierbij de aan de vordering verbonden nevenrechten kan uitoefenen. De vraag of de cedent de nevenrechten kan uitoefenen is echter pas van belang, wanneer de cedent bevoegd is de vordering - waarbij de nevenrechten behoren - te innen. Om deze reden zal ik eerst ingaan op de vraag of de cedent inningsbevoegd is nadat hij de vordering stil heeft gecedeerd, alvorens ik de uitoefening van de nevenrechten zal bespreken. Ik neem hierbij een 'normale' stille cessie als uitgangspunt, waarbij de nevenrechten zich na de cessie in het vermogen van de cessionaris bevinden.

3.1. Inningsbevoegdheid en bevrijdende betaling

Ten aanzien van de vraag of de cedent al dan niet inningsbevoegd is, worden in de Parlementaire Geschiedenis en de literatuur uiteenlopende standpunten ingenomen. Onduidelijk is welke uitleg moet worden gegeven aan de tweede zin van het na 1 oktober 2004 vernieuwde art. 3:94 lid 3 BW:

“De levering kan niet worden tegengeworpen aan de personen tegen wie deze rechten moeten worden uitgeoefend dan na mededeling daarvan aan die personen door de vervreemder of de verkrijger.”

Als hiermee bedoeld wordt dat de levering *goederenrechtelijk* niet aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen, dan houdt dit in dat de gehele *overdracht* jegens de schuldenaar (en dus niet jegens derden) als niet voltooid moet worden beschouwd tot dat hem de cessie wordt medegedeeld. Gevolg hiervan is dat in de verhouding tussen de schuldenaar en de cedent laatste nog immer zijn schuldeiser is en derhalve inningsbevoegd. Deze uitleg van het vernieuwde art. 3:94 lid 3 BW is echter onjuist. De minister heeft expliciet gesteld dat er van een dergelijke *relatief goederenrechtelijke werking* van de cessie geen sprake is.[\[noot:40\]](#) Daar het doen van mededeling geen vereiste is voor het voltooien van de stille cessie en dus blijkbaar slechts verbintenissenrechtelijke betekenis heeft, ligt de conclusie voor de hand dat de mededeling slechts ziet op het afgrenzen van de periode waarin de schuldenaar bevrijdend kan betalen aan de cedent. Ook deze uitleg blijkt echter niet uit de woorden van de minister. Onduidelijk is derhalve op welke grond de minister tot zijn standpunten komt omtrent het moment vanaf wanneer de cedent dan wel de cessionaris als inningsbevoegd moet worden aangemerkt.

Visie van de minister

De minister neemt in de Parlementaire Geschiedenis het standpunt in dat tot het moment van mededeling de cedent inningsbevoegd is. De cessionaris blijft volgens hem dan inningsonbevoegd tot dat mededeling van de cessie aan de schuldenaar is gedaan.[\[noot:41\]](#) Verhagen en Rongen kunnen zich in deze uitleg vinden.[\[noot:42\]](#) Totdat mededeling wordt gedaan kan de schuldenaar slechts bevrijdend aan de cedent betalen, na de mededeling kan dit in beginsel nog slechts aan de cessionaris.[\[noot:43\]](#) De minister ziet geen gevolgen voor de mogelijkheden van bevrijdende betaling door de schuldenaar, indien de schuldenaar kennis van de cessie krijgt anders dan door mededeling door cedent of cessionaris.[\[noot:44\]](#) Enkel het moment van *mededeling* is relevant. Dat de minister bij het ontwerpen van de regeling van stille cessie heeft willen aansluiten bij het pandrecht komt duidelijk naar voren uit deze stellingnames.[\[noot:45\]](#) In beginsel geldt bij pandrecht immers de vergelijkbare regel dat vóór mededeling aan de schuldenaar de pandgever (vergelijk: de cedent) exclusief inningsbevoegd is en na mededeling de pandhouder (vergelijk: de cessionaris) exclusief inningsbevoegd is. Voor de vraag aan wie bevrijdend mag worden betaald is eveneens het moment van mededeling van de verpanding (vergelijk: de cessie) doorslaggevend.

Andere visies

Vanuit de literatuur is er de nodige kritiek geweest op bovenstaande uitleg van art. 3:94 lid 3 BW door de minister. Abendroth[\[noot:46\]](#) vindt dat de uitspraken van de minister voor de financieringspraktijk allesbehalve geruststellend zijn. Als gevolg van de visie van de minister, dat zolang mededeling niet is gedaan aan de cedent betaald moet worden, zou volgens hem een splitsing ontstaan tussen het vorderingsrecht en de daaraan verbonden

rechtsvordering.[noot:47] Ook ten aanzien van de positie van de cessionaris vindt Abendroth de stelling van de minister moeilijk met het wettelijk systeem te verenigen. Volgens de minister is de cessionaris namelijk na cessie, maar vóór mededeling hiervan aan de schuldenaar, inningson-bevoegd.[noot:48] Dit is een uitzondering op het uit het systeem van onze wet voortvloeiende beginsel dat een schuldenaar steeds bevoegd is betaling van de schuld af te dwingen en deze in ontvangst te nemen. Op dit beginsel wordt slecht een uitzondering gemaakt indien de wet hierin voorziet.[noot:49]

Van een dergelijke wettelijke voorziening ontbreekt in art. 3:94 lid 3 BW echter elk spoor. Bovendien zou de praktijk ook prima zonder de door de minister gestelde exclusieve inningsbevoegdheid van de cedent kunnen, aldus Abendroth. Door gebruik te maken van de figuur van 'de lastgeving ter incasso' kan immers hetzelfde resultaat worden bereikt.[noot:50] Deze laatste opvatting is in de literatuur algemeen aanvaard.[noot:51]

De opvatting van Abendroth ten aanzien van de mogelijkheid voor de schuldenaar om bevrijdend aan de cedent te betalen lijkt geen steun te vinden. Ten aanzien hiervan merkt Abendroth immers op dat art. 3:94 lid 3 BW volstrekt overbodig is, daar de schuldenaar zijn bescherming reeds aan art. 6:34 BW ontleent. Deze stelling lijkt mij onjuist. De meerwaarde van art. 3:94 lid 3 BW ten opzichte van art. 6:34 lid 1 BW is dat de schuldenaar die wetenschap van de vordering krijgt *anders dan door mededeling* op grond van het eerst genoemde artikel wél nog steeds aan de cedent mag betalen tot het moment dat mededeling daadwerkelijk plaatsvindt. Met het enkel toepassen van art. 6:34 BW ligt deze uitkomst niet voor de hand; de schuldenaar kan nadat hij - al dan niet door mededeling - wetenschap van de stille cessie heeft gekregen niet meer op redelijke gronden aannemen dat de cedent als schuldeiser tot de betaling gerechtigd was of dat uit anderen hoofde aan hem *moest* worden betaald.[noot:52]

Ten aanzien van de vraag aan wie de schuldenaar vanaf welk moment bevrijdend kan betalen, is Reehuis[noot:53] een andere mening toegedaan dan de minister. Na de overdracht van de vordering is de cedent schuldeiser af en is de cessionaris rechthebbende op de vordering. Reehuis concludeert hieruit dat vanaf dat moment niet meer de *cedent*, maar de *cessionaris* inningsbevoegd is. Laatste is, zoals gezegd, immers rechthebbende op de vordering en de wet kent noch in art. 3:94 lid 3 BW, noch elders een bepaling dat de cedent - als uitzondering op de hoofdregel dat een rechthebbende op een vordering ook inningsbevoegd is - bij uitsluiting van de cessionaris inningsbevoegd blijft. Ondanks deze inningsonbevoegdheid van de cedent kan de schuldenaar toch bevrijdend aan de cedent betalen tot het moment van mededeling. Dit volgt immers uit art. 6:34 BW jo. art. 3:94 lid 3 BW. Indien de schuldenaar van de cessie op de hoogte raakt *zonder dat deze hem is medegedeeld*, kan hij in de visie van Reehuis, anders dan de minister betoogt, ook aan de cessionaris bevrijdend betalen. Laatste is immers zijn schuldeiser en aldus tot inning gerechtigd. Dezelfde visie wordt ook door Biemans verdedigd.[noot:54] In beide visies wordt de wet als uitgangspunt genomen; eventuele (impliciete) afspraken tussen partijen kunnen uiteraard tot een ander resultaat leiden ten aanzien van de inningsbevoegdheid.[noot:55]

Rechtsonzekerheid

Het moge duidelijk zijn dat de herintroductie van de stille cessie het nodige stof heeft doen opwaaien. Op de vraag of alle inhoudelijke keuzes die de wetgever bij het opstellen van de regeling van stille cessie heeft gemaakt de meest wenselijke zijn zal ik hier niet ingaan. Ik ga uit van de regeling zoals hij er nu is. Deze doet in het licht van de Parlementaire Geschiedenis

immers de nodige vragen rijzen. De wettekst en de uitleg die daaraan wordt gegeven in de Parlementaire Geschiedenis lijken door de wetgever niet goed op elkaar te zijn afgestemd. Met enkel de tekst van art. 3:94 lid 3 BW ter beschikking zal menigeneen namelijk tot de conclusie komen dat na de cessie, maar vóór mededeling aan de schuldenaar, de cedent inningsonbevoegd is. Op dat moment is hij immers géén rechthebbende meer op de vordering, ook niet slechts jegens de schuldenaar.[\[noot:56\]](#) De cessionaris is dit wel en bij gebrek aan een wettelijke uitzondering ligt de conclusie voor de hand dat hij derhalve inningsbevoegd is. De schuldenaar kan op grond van art. 6:34 lid 1 BW jo. art. 3:94 lid 3 BW totdat mededeling aan hem wordt gedaan, bevrijdend aan de cedent betalen. Dit kan hij eveneens aan de cessionaris, daar laatstgenoemde inningsbevoegd is. Zoals reeds gezegd komen ook Reehuis en Biemans tot deze conclusie.[\[noot:57\]](#) Hoe nu te oordelen over deze situatie, waarin een redelijke wetsuitleg - gesteund door een van de toonaangevende handboeken op het terrein van het goederenrecht - haaks staat op de uitleg van de minister? Zelf ben ik geneigd om de weg van de redelijke wetsuitleg te bewandelen. Ik ben mij er terdege van bewust dat de Parlementaire Geschiedenis bij een wetsbepaling een bron is waar autoriteit aan moet worden toegekend. De wetgever heeft echter zelf bij de invoering van Boek 3 benadrukt dat “de wetgever principieel de uitleg van zijn eigen producten niet kan afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel (...) zijn gedaan”.[\[noot:58\]](#) Daarnaast biedt de wettekst in dit geval geen enkel fundament voor de stellingen van de minister. Bovendien kan de door de minister gestelde exclusieve inningsbevoegdheid van de cedent, ook door partijen zelf geregeld worden door middel van een privaatieve lastgeving (art. 7:423 lid 1 BW) ter incasso.[\[noot:59\]](#) Voor cedent en cessionaris betekent dit dat zij, door het al dan niet overeenkomen van de lastgeving, *zelf* kunnen bepalen of aan de cedent ‘slechts’ door de schuldenaar bevrijdend kan worden betaald of dat de cedent in en buiten rechte betaling van de vordering bij hem kan *afdwingen*.[\[noot:60\]](#)

3.2. Praktisch belang van de lastgeving

Neemt men de visie van de minister als uitgangspunt dan is de cedent inningsbevoegd en lijkt een ‘lastgeving ter incasso’ tussen partijen derhalve niet nodig te zijn. Ik vraag mij af wat het motief van de cedent is om in deze situatie tot het ‘het in of buiten rechte eisen van nakoming’ over te gaan. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de pandhouder, beslaglegger en vruchtgebruiker kan de cedent niet op grond van een wettelijke bepaling rechten geldend maken op het geïnde. Hij heeft derhalve in beginsel geen ‘economisch belang’ bij het innen van de vordering. Heeft de cedent dan wellicht, net als bijvoorbeeld de lasthebber, een verplichting om tot het innen van de vordering over te gaan, indien tussen hem en de cessionaris geen lastgeving in overeengekomen? Mijns inziens dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. Inningsbevoegdheid, het ‘bevoegd zijn om in en buiten rechte nakoming af te dwingen en betalingen in ontvangst te nemen’[\[noot:61\]](#), houdt immers niet vanzelfsprekend een inningsverplichting in.[\[noot:62\]](#) Bovendien kan de cessionaris zich tot de schuldenaar wenden om bij hem nakoming af te dwingen. Hierdoor zal hij echter wel bekend worden bij de schuldenaar. Dit laatste is bij securitisatie-transacties om eerder genoemde redenen onwenselijk.[\[noot:63\]](#) Om een dergelijke situatie te voorkomen, doet de cessionaris er verstandig aan met de cedent een overeenkomst van (privaatieve) lastgeving te sluiten. Hiermee komt de noodzaak van de door de minister aangevoerde ‘wettelijke’ inningsbevoegdheid van de cedent te vervallen.

3.3. Het uitoefenen van de nevenrechten door de cedent

Over de vraag of een inningsbevoegde derde[noot:64] bij het innen van een vordering de aan deze vordering verbonden nevenrechten kan uitoefenen wordt in de literatuur al geruime tijd gediscussieerd. Reeds voor de invoering van het thans geldende BW stelde Vriesendorp al de vraag of de op grond van art. 3:246 lid 1 BW inningsbevoegde pandhouder, bij het innen van de vordering de daaraan verbonden zekerheidsrechten tot zijn beschikking heeft.[noot:65]

Deze vraag werd door hem ontkennend beantwoord, aangezien de zekerheidsrechten als nevenrechten aan de *vordering* waren verbonden en niet aan de *inningsbevoegdheid*. De pandhouder mag na mededeling dan wel bevoegd zijn de vordering te innen, de vordering zelf bevindt zich nog immer in het vermogen van de pandgever. Zo ook de nevenrechten die aan deze vordering zijn verbonden.[noot:66] In de reacties[noot:67] die op de bijdrage van Vriesendorp volgden, werd door diverse auteurs gepoogd een dogmatische redenering te vinden, waaruit de ‘praktisch zo zeer voor de hand liggende regel’[noot:68] zou blijken dat de betreffende nevenrechten zich wél in het vermogen van de inningsbevoegde pandhouder zouden bevinden en deze bij het innen van de vordering deze rechten dus kan uitoefenen. Heyman redeneert dat door vestiging van een beperkt recht op een vordering een kwalitatief deel van de rechten overgaan op de pandhouder, namelijk die rechten die samenhangen met de inningsbevoegdheid.[noot:69] Hij wordt hierin door Mijnsen gevolgd.[noot:70] De uitkomst van de redenering van Heyman en Mijnsen, namelijk dat de pandhouder bij het innen van de vordering de aan de vordering verbonden nevenrechten kan uitoefenen, acht Kortmann bevredigend. Met de redenering is Kortmann het echter niet eens. Hij betwijfelt of de vestiging van een beperkt recht moet worden gezien als overdracht van een kwalitatief deel van het hoofdrecht.[noot:71] Daarnaast ziet Mijnsen volgens hem over het hoofd dat de nevenrechten verbonden zijn aan de *vordering*, die zich - ook na mededeling - nog steeds bij de *pandgever* bevindt, en niet aan de *inningsbevoegdheid*. [noot:72] Kortmann kiest voor een geheel andere oplossing. Hij betwijfelt of het wel nodig is dat de nevenrechten zich in het vermogen van de pandhouder bevinden, om hem in staat te kunnen stellen deze rechten uit te oefenen. Eenvoudiger is, zo redeneert Kortmann, om er van uit te gaan dat de rechten zich bij de pandgever bevinden, maar dat de inningsbevoegde pandhouder, op grond van de ‘nauwe samenhang’ tussen de inningsbevoegdheid en bepaalde zekerheidsrechten die als nevenrecht aan de vordering verbonden zijn, tot uitwinning van deze zekerheidsrechten gerechtigd is. Met deze door Kortmann aangedragen oplossing komt een einde aan de zoektocht naar een dogmatische verklaring voor het *overgaan* van de nevenrechten van de pandgever op de pandhouder.

Kortmann introduceert de gedachte dat het voor een inningsbevoegde derde, die bij het innen van de vordering de aan de vordering verbonden nevenrechten wil uitoefenen, niet noodzakelijk is dat deze nevenrechten zich ook in zijn vermogen bevinden. Ook de Hoge Raad lijkt van deze mogelijkheid uit te gaan. In het arrest inzake de Rabobank tegen Stormpolder Vastgoed c.s. overwoog zij dat een derdenbeslaglegger het tot zekerheid van de beslagen vordering gevestigde hypotheekrecht kan uitoefenen bij het innen van deze vordering, in die zin dat de derdenbeslaglegger profiteert van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang boven de andere schuldeisers van de beslagene.[noot:73] Uit de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest komt duidelijk naar voren dat het niet een *overgang* van het hypotheekrecht op de derdenbeslaglegger betreft, maar de *uitoefening* van het hypotheekrecht van de beslagene door de derdenbeslaglegger.[noot:74] De motivering die de Hoge Raad voor deze uitkomst geeft is echter niet de door Kortmann geïntroduceerde ‘nauwe verbondenheid’ tussen de inningsbevoegdheid van de derdenbeslaglegger[noot:75] en het aan de vordering verbonden hypotheekrecht, maar een meer praktische. In r.o. 3.6 overwoog de Hoge Raad immers:

“Als de derdenbeslaglegger deze rechten niet zou mogen uitoefenen zou dit aan het derdenbeslag het niet te rechtvaardigen effect verlenen dat de overige schuldeisers van de derde-beslagene bij de verdeling van de opbrengst van het verhypotheceerde registergoed door dat beslag zouden worden bevoordeeld, terwijl degene ten laste van wie dat beslag gelegd is gedupeerd zou worden door het verval van de aan de beslagen vordering verbonden voorrang.”

Op deze uitspraak wordt in de literatuur onder andere gereageerd door Tjon-En-Fa en Heemstra.[\[noot:76\]](#) Ondanks de ‘dunne’ dogmatische motivering[\[noot:77\]](#) die de Hoge Raad geeft verdedigen zij een ruime interpretatie van deze uitspraak. De beslaglegger zou niet alleen de hypothecaire voorrang toekomen, maar ook het aan het hypotheekrecht verbonden recht van parate executie kunnen uitoefenen.[\[noot:78\]](#) Tevens zou deze uitspraak mutatis mutandis ook voor andere zekerheidsrechten dan het hypotheekrecht moeten gelden.[\[noot:79\]](#)

Positie van de (inningsbevoegde) cedent

In de situatie dat de cedent bevoegd is betalingen van de schuldenaar in ontvangst te nemen kan hij worden beschouwd als een ‘inningsbevoegde derde’.[\[noot:80\]](#) Hij is immers geen rechthebbende op de vordering. Bij het innen van de vordering kan het van belang zijn dat hij de aan de vordering verbonden nevenrechten kan uitoefenen. Kunnen de bovenstaande door de literatuur en rechtspraak aangereikte argumenten hem hierbij van dienst zijn?

Zoals uit de discussie in de literatuur naar aanleiding van de bijdrage van Vriesendorp blijkt zijn de nevenrechten verbonden aan de vordering en niet aan de inningsbevoegdheid. Onjuist is derhalve de opvatting dat (bepaalde) nevenrechten na de cessie met een kwalitatief deel van de vordering, namelijk de inningsbevoegdheid, bij de cedent achterblijven en de ‘rest’ van de vordering op de cessionaris overgaat.

Meer voel ik voor de door Kortmann aangedragen oplossing. Voor de cedent zou dit betekenen dat de nevenrechten gelijk met de vordering zijn vermogen verlaten, maar hij zolang hij inningsbevoegd is nog wel deze nevenrechten kan uitoefenen bij het innen van de vordering. Medewerking of tussenkomst van de cessionaris is hierbij niet noodzakelijk. Ook kleven er mijns inziens geen andere praktische bezwaren aan deze opvatting. Wel betwijfel ik of deze theorie, waar de uitoefening van nevenrechten rechtstreeks aan de inningsbevoegdheid wordt gekoppeld, op de thans voor handen zijnde rechtspraak te funderen is. Dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat een inningsbevoegde derde geen rechthebbende op de nevenrechten hoeft te zijn om deze rechten te kunnen uitoefenen, betekent immers nog niet dat er van mag worden uitgegaan dat een inningsbevoegde derde dit *altijd* mag.[\[noot:81\]](#)

Niet duidelijk blijkt uit het arrest hoe ruim het geïnterpreteerd moet worden; slechts een criterium wordt gegeven. Wordt dit door de Hoge Raad in Rabobank/ Stormpolder Vastgoed c.s. gegeven criterium gevolgd, dan zou de cedent alléén dan de nevenrechten van de cessionaris kunnen uitoefenen, *wanneer de cessionaris anders gedupeerd wordt en hierdoor aan de overige schuldeisers van de schuldenaar een niet te rechtvaardigen voordeel toekomt.*

Of aan dit criterium bij cessie wordt voldaan, heb ik nog enige twijfels. Om dezelfde redenen als de beslagene, zal ook de cessionaris gedupeerd worden, indien de cedent niet zijn nevenrechten - meer in het bijzonder zijn zekerheidsrechten - kan uitoefenen bij het innen van de vordering. Echter, de situatie van de cessionaris verschilt ten opzichte van die van de beslagene in zoverre, dat de cessionaris zijn mogelijkheden tot inning niet ‘geblokkeerd’ ziet

door de cedent, zoals de beslagene dat wel ziet door de beslaglegger. De cessionaris kan op elk gewenst moment overgaan tot het doen van mededeling van de vordering aan de debiteur, om zichzelf zodoende in een positie te brengen waarin hij de vordering zelf, al dan niet met gebruik van de daaraan verbonden nevenrechten, kan innen. Dat dit de - voor sommige in de praktijk veel gebruikte financieringsconstructies onwenselijke[noot:82] -situatie met zich meebrengt dat de schuldenaar op de hoogte geraakt van de cessie - en wellicht zelfs wanprestatie oplevert van de cessionaris jegens de cedent op grond van een overeenkomst die de cessionaris slechts in bepaalde gevallen de bevoegdheid geeft om mededeling van de cessie te doen - doet er niet aan af dat de cessionaris de mate waarin hij 'gedupeerd' raakt en de overige schuldeisers van de schuldenaar een voordeel toekomt zelf in de hand heeft. Wellicht zou nog verdedigd kunnen worden dat de cessionaris dan toch gedupeerd is, omdat hij mededeling van de vordering moet doen en dit voor hem een onwenselijke situatie dan wel het plegen van wanprestatie oplevert. Dit is echter een andere vorm van duperen dan de Hoge Raad in Rabobank/Stormpolder Vastgoed c.s. voor ogen heeft gehad. Ik zie een uitspraak van de Hoge Raad waarin het kunnen uitoefenen van de aan de vordering verbonden nevenrechten, rechtstreeks afgeleid wordt uit de inningsbevoegdheid, dan ook graag tegemoet.

4. Conclusies

Mijns inziens moet de tweede zin van art. 3:94 lid 3 BW zo worden uitgelegd dat de cedent na de overdracht niet meer inningsbevoegd is, maar dat aan hem totdat mededeling van de overdracht aan de schuldenaar wordt gedaan, slechts bevrijdend kan worden betaald. Na de overdracht is de cessionaris rechthebbende en derhalve inningsbevoegd. Dit lijkt mij dogmatisch een juiste benadering, bij gebrek aan wettelijke uitzondering is een rechthebbende inningsbevoegd en een niet-rechthebbende inningsonbevoegd. Volgt men deze benadering dan heeft de inningsonbevoegde cedent betalingen 'zonder recht' ontvangen als bedoeld in art. 6:36 BW, waardoor hij deze bedragen aan de cessionaris moet doorbetalen. Ook dit lijkt mij juist. Als cedent en cessionaris daarentegen de cedent (exclusief) inningsbevoegd willen maken dan kan dat door middel van een lastgevingconstructie. Zo behoudt cessionaris een keuzevrijheid ten aanzien van de vraag of aan de cedent slechts bevrijdend kan worden betaald of dat hij in en buiten rechte nakoming kan eisen.

Wordt gekozen voor een lastgevingconstructie dan ontstaat hierdoor voor de cedent een drijfveer om ook daadwerkelijk tot het eisen van nakoming bij de schuldenaar over te gaan.

In plaats van te anticiperen op de vermoedelijke wensen van de financieringspraktijk, had een de minister ook de hiervoor uiteengezette benadering kunnen volgen. Hij had zo een regeling kunnen presenteren die een basis schept voor alle deelnemers aan het rechtsverkeer, zonder hierbij de financieringspraktijk tekort te doen. Binnen deze benadering bestaat immers voldoende vrijheid (voor de financieringspraktijk) om, indien gewenst, door middel van partijafspraken tot een andere uitkomst te komen. De uitleg van de minister zoals die nu in de toelichting op art. 3:94 lid 3 BW te vinden is, is derhalve niet noodzakelijk en heeft bovendien voor veel onnodige verwarring gezorgd.

Met Kortmann ben ik het eens dat de inningsbevoegde cedent bij het innen van de vordering zich van de aan de vordering verbonden nevenrechten mag bedienen. Deze nevenrechten bevinden zich volgens de hoofdregel na overdracht van de vordering in het vermogen van de cessionaris, maar gezien de nauwe samenhang tussen de inningsbevoegdheid en bepaalde aan de vordering verbonden nevenrechten zal een inningsbevoegde cedent bij het innen van de

vordering deze rechten kunnen uitoefenen. De praktijk zal met deze aangedragen oplossingen uit de voeten kunnen. Een meer ‘exotische’ oplossing is derhalve niet noodzakelijk.

[1]

Terecht maakt Biemans een onderscheid tussen ‘stille cessie’ en ‘openbare cessie’ enerzijds en ‘cessie zonder mededelingsvereiste’ en ‘cessie met mededelingsvereiste’ anderzijds. Waar ik in het vervolg spreek over ‘stille cessie’ doel ik dan ook op de ‘cessie zonder mededelingsvereiste’. Waar ik spreek over ‘openbare cessie’ doel ik op ‘cessie zonder mededelingsvereiste’. Zie J.W.A. Biemans, ‘Kritische kanttekeningen bij wetsvoorstel 28 878’, *WPNR* 2004/6584 (hierna: Biemans 2004), p. 536.

[2]

In het oud Burgerlijk Wetboek was het cederen van een vordering zonder mededeling aan de debitor cessus reeds mogelijk. Dit gold tot 1992 en was geregeld in art. 668 lid 2 BW (oud).

[3]

Onder meer kan worden gedacht aan *securitisation*. Ongewenst is dat de schuldenaar aan de cessionaris betaalt. De cessionaris zal doorgaans niet over de faciliteiten beschikken om de vele vorderingen te innen en dit te administreren. Daarnaast wil de cedent, vaak de bank van de schuldenaar, niet door het doen van mededeling de commerciële relatie met zijn cliënt op het spel zetten. Liever houdt zij de cliënt in de waan dat zij nog immer schuldeiser van de vordering is.

[4]

Zie art. 6:36 BW. Onduidelijk is echter of de cedent de betalingen wel ‘zonder recht’ heeft ontvangen als bedoeld in dit artikel. Dit hangt nauw samen met de vraag of de cedent inningsbevoegd is, ik verwijs hiervoor naar §3.1. Zie ook R.J. Abendroth, ‘Een jaar stille cessie’, *TvI* 2006/14 (hierna: Abendroth 2006), p. 61.

[5]

Hier zijn talloze redenen voor te bedenken. De schuldenaar zou de vordering kunnen betwisten, of verkeert wellicht in de situatie dat hij de vordering niet kan betalen.

[6]

W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp (red.), *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006), nr. 274.

[7]

Dit behalve voor zover de rente opeisbaar of de boete of dwangsom reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang, zie art. 6:142 lid 2 BW.

[8]

Asser/Hartkamp (2003) 4-I, nr. 565.

[\[9\]](#)

Parl. Gesch. Boek 6, p. 531.

[\[10\]](#)

Vgl. HR 12 november 1999, *NJ* 2000, 222 (*Heymans Bouw/De Staat*).

[\[11\]](#)

Zie wellicht anders Asser/Mijnssen-De Haan (2001) 3-III, nr. 377. Mijnssen gaat ervan uit dat voorrechten als afhankelijke rechten dienen te worden aangemerkt. Dit lijkt mij onjuist, een voorrecht is immers geen vermogensrecht.

[\[12\]](#)

Deze cessie werkt jegens een ieder, een ‘relatief goederenrechtelijke werking’ is door de wetgever niet beoogd. De cessie heeft reeds vóór mededeling *volledig goederenrechtelijke werking*. Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 10.

[\[13\]](#)

Zie L.F.A. Steffens, ‘Moment van overgang van nevenrechten bij de stille cessie’, *WPNR* 2006/6655 (hierna: Steffens 2006), p. 139-140. Deze uitleg van art. 6:142 BW zou volgens haar een oplossing kunnen bieden voor het probleem dat banken bij een securitisationstransactie waarbij gebruik gemaakt wordt van de stille cessie reeds voor het aangaan van de transactie hun bankhypotheeken deels moeten opzeggen. Hierover meer in §2.4.

[\[14\]](#)

Ten aanzien van de inningsbevoegdheid van zowel de cedent als de cessionaris lopen de meningen sterk uiteen. Ik kom hier in §3.1 uitvoerig op terug.

[\[15\]](#)

Zelf betwijfelt zij ook of haar oplossing past binnen de tekst van art. 6:142 BW, zie Steffens 2006, p. 140.

[\[16\]](#)

In de literatuur is reeds een soortgelijke discussie gevoerd. Hierbij stond centraal de vraag of een openbaar pandhouder op een vordering de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten kon uitwinnen. Voor een meer uitgebreide behandeling van deze discussie verwijs ik naar §3.3.

[\[17\]](#)

Het voorbeeld van Steffens ziet op een openbaar pandhouder. Deze is géén rechthebbende op de vordering of de nevenrechten. Hij oefent bij het innen van de vordering enkel deze aan de pandgever toekomende rechten uit. Steffens trekt - onterecht - een parallel met de cedent, die géén rechthebbende meer is op de vordering, maar in haar visie tot het moment van mededeling wél rechthebbende op de nevenrechten zou zijn.

[18]

Steffens 2006, p. 140. Wel wil Steffens de keuze hierbij beperken tussen het moment van registratie dan wel passeren van de akte en het moment van mededeling.

[19]

Bijvoorbeeld art. 6:155 en 159 BW. Mijns inziens is het voor partijen niet mogelijk om anders dan op de in deze artikelen aangegeven wijze een schuld of contract over te nemen.

[20]

Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 528.

[21]

Ook Kortmann, Rongen en Verhagen zijn van mening dat art. 6:142 BW van regeland recht is, zie S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, 'Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee' (II, slot)', *WPNR* 2001/6460 (hierna: Kortmann, Rongen en Verhagen 2001), p. 843. Wellicht anders Asser-Hartkamp (2003) 4-I, nr. 564; M.P. van Achterberg, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. Nieuw BW B44), Deventer: Kluwer 1999, nr. 10.

[22]

J. Wiarda, diss. UvA 1937, p. 313-316. Door Wiarda werd verdedigd dat de cedent wél rechthebbende op de accessoria kan zijn, terwijl de vordering zich in het vermogen van de cessionaris bevindt. Volgens hem blijven de accessoria aan de *oorspronkelijke*, de overgedragen maar door die overdracht van aard niet veranderde schuldvordering verbonden. Zie anders J.Ph. Suijling I, 1, tweede druk, Haarlem 1927, nr. 72, p. 89-90; O.A.C. Verpaalen, Preadvies Broederschap van Candidaat-Notarissen 1964, p. 46. Laatstgenoemde auteurs verdedigen de stelling dat de accessoria teniet gaan wanneer ze niet op de cessionaris overgaan bij de cessie.

[23]

Kortmann, Rongen en Verhagen 2001, p. 840 e.v. Anders: Polak en Van Mierlo, *Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten*, Amsterdam 1998, p. 24. Wellicht anders H.W. Heyman, 'De geldigheid van de syndicaatshypotheek bezien door de advocaat van de duivel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 187 e.v.

[24]

W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht', in: S.C.J.J. Kortman e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27 e.v.

[\[25\]](#)

En dus ook geen goederen, zie art. 3:1 BW.

[\[26\]](#)

Zie haar conclusie, Steffens 2006, p. 140.

[\[27\]](#)

Voor meer informatie met betrekking tot securitisation zie o.a. E.M.P. Joosen en M.G. van 't Westeinde, *Securitisatie*, Amsterdam: NIBE-SVV 2002; P.R. Broholm, 'Securitisation. An Introduction', *TvI*, 2001, 3, p. 78-83; M.H.E. Rongen, 'Securitisation en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam', in: *Onderneming en Effecten*, S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Serie Onderneming en Recht deel 13, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (hierna: Rongen 1998), p. 419-466.

[\[28\]](#)

Dit is een hypotheekrecht dat is gevestigd voor al hetgeen de hypotheekhouder nu of in de toekomst uit welke hoofde dan ook van de schuldenaar heeft te vorderen of te vorderen mocht krijgen. Voor meer informatie met betrekking tot bankhypotheeken zie bijvoorbeeld M.P. van Achterberg, 'Overgang van vorderingen en schulden en de gevolgen voor de gevestigde (bank)zekerheden', *WPNR* 1994/6133, p. 297-298 en 311-314; P.A. Stein, 'Bank- en krediethypotheeken', *Kredietverlening naar huidig en komend recht*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 1988, p. 35; A. Russchen, *Crediethypotheeken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955; A.F. Visser, *Crediet- en Bankhypotheek*, Leiden: Eduard Ydo 1922.

[\[29\]](#)

Verhagen en Rongen onderscheiden in de literatuur drie verschillende zienswijzen met betrekking tot het niet overgaan van de bankhypotheek. 1) De bankhypotheek zou niet volledig accessoir zijn. 2) De bankhypotheek zou slechts verleend zijn voor de restantvordering. 3) De bankhypotheek zou te zeer zijn gebonden aan de persoon van de hypotheekhouder. Zie H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie. De overdracht van vorderingen op naam*, preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2000, p. 138.

[\[30\]](#)

Bij openbare cessie is, in tegenstelling tot bij stille cessie, het doen van mededeling aan de schuldenaar wèl een constitutief vereiste, zie art. 3:94 lid 1 BW.

[\[31\]](#)

Deze zullen vaak verband houden met de financieel economische toestand van de originator, zie Rongen 1998, p. 427. In een dergelijk geval zal het effect dat met het doen van mededeling wordt bereikt, namelijk de overdracht van de vorderingen van de originator op het SPV, de kosten en moeite die het doen van mededeling met zich meebrengt rechtvaardigen.

[32]

Alle huidige en toekomstige vorderingen van de originator op de schuldenaar die niet op het SPV worden overgedragen. Het hypotheekrecht secureert dan nog enkel de over te dragen vordering.

[33]

Dit doet zij dan op grond van een overeenkomst ten behoeve van het SPV en de achterliggende effectenbezitters.

[34]

Niet omdat hij rechthebbende is, de vordering is immers door de registratie van de onderhandse akte dan wel het passeren van de authentieke akte in het vermogen van de cessionaris beland. De originator zal de betalingen van de schuldenaar in ontvangst nemen, omdat de laatste niet op de hoogte is van de cessie - mededeling heeft immers nog niet plaatsgevonden - en derhalve op grond van art. 6:34 BW en art. 3:94 lid 3 BW bevrijdend aan de originator kan betalen.

[35]

Verhagen en Rongen kwamen eerder al tot de conclusie dat een bankhypotheek met de vordering mee overgaat. Zij zijn echter van mening dat het hypotheekrecht *gedeeltelijk* overgaat. Zie Verhagen en Rongen 2000, p. 143. De opvatting dat de bankhypotheek overgaat en in een gemeenschap ontstaat wordt o.a. verdedigd door J.J.P. Bos, 'Bankhypotheek en de gevolgen van overgang', *NTBR* 2002/2 (hierna: Bos 2002), p. 56-60; L. Timmerman, 'Bankhypotheek en afhankelijkheid', in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002 (hierna: Timmerman 2002), p. 417 e.v.

[36]

Het uitgangspunt van de gemeenschapstitel is dat bevoegdheden die verbonden zijn aan gemeenschappelijke goederen alleen gezamenlijk uitgeoefend kunnen worden, zie art. 3:170 lid 2 en 3 BW. Beheershandelingen kunnen in beginsel slechts door deelgenoten gezamenlijk worden uitgeoefend. Hierop kan in een beheersregeling als bedoeld in art. 3:168 BW echter uitzondering worden gemaakt. Dit is niet mogelijk ten aanzien van de 'andere handelingen' als bedoeld in art. 3:170 BW. Dit zijn o.a. beschikkingshandelingen die géén beheersdaden zijn. Het is onduidelijk of het uitwinnen van de zich in de gemeenschap bevindende zekerheidsrechten als een beheershandeling of als een overige handeling dient te worden gekwalificeerd. Zie hierover Bos 2002, p. 59-60; Timmerman 2002, p. 417 e.v.

[37]

Rekening moet immers gehouden worden met de bepalingen uit titel 3.7. BW. Zie ook voetnoot 36.

[\[38\]](#)

Zie voetnoot 3.

[\[39\]](#)

Hiermee doel ik op de *inningsbevoegdheid* van de cedent. Ook de wet lijkt deze definitie te kiezen voor *inningsbevoegdheid*, zie bijvoorbeeld art. 3:210 lid 1 BW en art. 3:246 lid 1 BW.

[\[40\]](#)

Zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 10. Zie ook voetnoot 12.

[\[41\]](#)

Kamerstukken II, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 11 en later verduidelijkt *Kamerstukken I*, 2004-2005, 28 878, nr. C, p. 2 e.v.

[\[42\]](#)

M.H.E. Rongen en H.L.E. Verhagen, ‘De cessie naar huidig en komend recht: de cirkel is weer rond’, *WPNR* 2003/6546 (hierna: Rongen en Verhagen 2003), p. 690. De exclusieve *inningsbevoegdheid* van de cedent zal volgens auteurs meestal stroken met de bedoeling van partijen.

[\[43\]](#)

Kamerstukken II, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 11.

[\[44\]](#)

Kamerstukken II, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 11. Het verdient volgens de minster geen aanbeveling de vraag of rechtsgeldig betaald is te laten afhangen van moeilijk vast te stellen factoren als wetenschap van de schuldenaar. Dit is wel het geval in, onder meer, België, Frankrijk, Duitsland en Engeland. Zie voor een toelichting A.F. Salomons, ‘Het wetsvoorstel tot aanpassing van art. 3:94 BW: Nederland introduceert de ‘stille cessie’’, *WPNR* 2003/6546 (hierna: Salomons 2003), p. 672. Vgl. ook de *Principles of European Contract Law*, deel III, hoofdstuk 9 over cessie.

[\[45\]](#)

Zie ook *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 1, 3 en 7.

[\[46\]](#)

Abendroth 2006, p. 58-61.

[47]

Hier staat art. 3:304 BW volgens Abendroth aan in de weg.

[48]

Kamerstukken II, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 11.

[49]

Als voorbeelden noemt hij derdenbeslag (art. 475h Rv), vruchtgebruik (art. 3:210 lid 1 BW) en pandrecht (art. 3:246 lid 1 BW). In al deze gevallen wordt door de wet expliciet aangegeven dat de rechthebbende op de vordering niet inningsbevoegd is. Deze opvatting is eerder al door Biemans verdedigd, zie Biemans 2004, p. 536.

[50]

Uitgaande van een situatie waarin de cedent na cessie innings~~on~~bevoegd is, wordt de cedent door deze overeenkomst van lastgeving (art. 7:414 BW e.v.) alsnog (exclusief) inningsbevoegd. Doordat cedent en cessionaris dit zelf overeen kunnen komen is een wettelijk geregelde inningsbevoegdheid van de cedent overbodig.

[51]

Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 269; Biemans 2004, p. 537; Rongen en Verhagen 2003, p. 689; Asser/Kortmann (1994) 5-III, nr. 168.

[52]

Toen wetsvoorstel 28 878 nog aanhangig was, heeft Salomons gepleit voor een andere regeling welke meer zou aansluiten bij de regeling van stille cessie in de ons omringende landen. Hij had bij voorkeur gezien dat de schuldenaar in de nieuwe regeling niet langer bevrijdend aan de cedent zou kunnen betalen wanneer hij *bekend* is met de cessie, zie Salomons 2003, p. 672. In de thans geldende regeling zou een dergelijke uitleg inderdaad betekenen dat art. 3:94 lid 3 BW, zoals Abendroth betoogt, overbodig is naast art. 6:34 BW. De minister heeft echter expliciet niet voor een dergelijke regeling gekozen, zie *Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 878, nr. 5, p. 11 en *Kamerstukken I*, 2004-2005, 28 878, nr. C, p. 2 e.v.

[53]

Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 269. Eveneens W.H.M. Reehuis, *Levering* (Mon. Nieuw BW B6b), Deventer: Kluwer 2004, nr. 87.

[54]

Zie J.W.A. Biemans, 'Het stil recht van vruchtgebruik', *WPNR* 2006/ 6653 (hierna: Biemans 2006), p. 99-100.

[55]

Gedacht kan worden aan een lastgevingsovereenkomst, zie hierover o.a. §3.2.

[\[56\]](#)

Zie voetnoot 12.

[\[57\]](#)

Zie voetnoot 53 en 54.

[\[58\]](#)

MvA I, Inv., Algemene opmerkingen over de boeken 3,5 en 6 (d.d. 28 oktober 1988), PG Inv.3, p. 1009-1010.

[\[59\]](#)

Vgl. Abendroth 2006, p. 61; Biemans 2004, p. 537. Wel dient nog opgemerkt te worden dat het privatieve karakter van de lastgeving slechts werking heeft jegens derden - dus ook jegens de schuldenaar - wanneer zij dit privatieve element van de lastgeving kennen of behoren te kennen. Het doen van mededeling is echter onwenselijk om eerder genoemde redenen. Zie voetnoot 3.

[\[60\]](#)

Denkbaar is immers dat het niet in het beleid van de cessionaris past dat door middel van gerechtelijke procedures nakoming van zijn schuldenaren wordt afgedwongen. Bovendien zullen mijns inziens de kosten die gemaakt zijn door de cedent om de vorderingen te innen in beginsel voor de cessionaris zijn.

[\[61\]](#)

Vgl. voetnoot 39.

[\[62\]](#)

Zie voor de vergelijking tussen stille cessie en lastgeving Biemans 2004, p. 537; Rongen en Verhagen 2003, p. 690. Auteurs vergelijken de positie van de cedent met die van de lasthebber, in die zin dat beide de vordering van een derde innen. De vergelijking met lastgeving gaat mijns inziens niet op waar het de verplichting tot het innen van de vordering betreft. In tegenstelling tot de lasthebber is de cedent niet *verplicht* tot het innen van de vordering.

[\[63\]](#)

Vlg. voetnoot 3.

[\[64\]](#)

Met ‘derde’ doel ik op een niet-rechthebbende, zoals een openbaar pandhouder, lasthebber of beslaglegger.

[65]

R.D. Vriesendorp, ‘Enige opmerkingen over het lot van afhankelijke (zekerheids)rechten bij verpanding van vorderingen naar NBW’, *WPNR* 1991/6025, p. 767-772. Met ‘tot zijn beschikking’ bedoelde Vriesendorp naar het blijkt een situatie waarin de openbaar pandhouder de zekerheidsrechten *in zijn vermogen* heeft om deze bij het innen van de vordering uit te oefenen.

[66]

Als oplossing voor dit probleem zag Vriesendorp een verplichte medewerking van de pandgever bij het uitoefenen van de zekerheidsrechten. Dit zou volgens hem door de pandhouder kunnen worden bereikt door zich hiertoe door de pandgever een onherroepelijke volmacht te laten verstrekken.

[67]

Zie voor de reacties op Vriesendorp: H.W. Heyman, *WPNR* 1992/6048 (hierna: Heyman 1992), p. 345 e.v.; F. Molenaar, *WPNR* 1992/6048, p. 349 en J.W.H. Blomkwist, *WPNR* 1992/6072, p. 906 e.v. Bij alle drie de reacties volgt een naschrift van Vriesendorp.

[68]

Heyman 1992, p. 346.

[69]

Heyman 1992, p. 346. Heyman doelt hier o.a. op de zekerheidsrechten.

[70]

Asser/Mijnssen-De Haan (2001) 3-III, nr. 112.

[71]

S.C.J.J. Kortmann, Boekbeschuwing Mr. C. Asser’s Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht, Algemeen goederenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, *RM Themis* 1993, p. 102.

[72]

S.C.J.J. Kortmann, ‘Inning van andermans geseceerde vordering’, *TvI* 2005, 19 (hierna: Kortmann 2005), p. 67-69.

[73]

Zie HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 39, alsmede *JOR* 2005, 131 m. nt. S.C.J.J. Kortmann en *JIN* 2005, 162 m. nt. A.I.M. van Mierlo.

[\[74\]](#)

In r.o. 3.6. wordt expliciet gesproken over het mogen ‘uitoefenen’ van de aan de vordering verbonden rechten. Dit blijkt temeer daar de Hoge Raad in dit arrest met de ‘overgangsleer’ van Mijnsen en Heyman heeft gebroken. Deze door A-G Wesselink-Van Gent in nr. 3.30 van haar conclusie gevolgde theorie, wordt door de Hoge Raad terecht niet gevolgd. Reehuis daarentegen hangt nog immer de theorie van Mijnsen aan, zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006, nr. 825.

[\[75\]](#)

De beslaglegger is immers inningsbevoegd. De Hoge Raad neemt dit aan op grond van art. 477 Rv in samenhang met 477a Rv, zie r.o. 3.6. Anders: E.M. Tjon-En-Fa en J.R.B. Heemstra, ‘Derdenbeslag op met hypotheek versterkte vordering: de beslaglegger (w)int (I)’, *WPNR* 2006/6659 (hierna: Tjon-En-Fa en Heemstra 2006), p. 249. Laatstgenoemde auteurs zijn van mening dat de inningsbevoegdheid van de beslaglegger niet voortvloeit uit art. 477 Rv en art. 477a Rv, maar uit art. 475h lid 1 Rv.

[\[76\]](#)

Tjon-En-Fa en Heemstra 2006, p. 244-250 en 266-271.

[\[77\]](#)

Ook Kortmann ziet geen dogmatische onderbouwing in het arrest van de Hoge Raad. Dit is volgens hem ook niet nodig gezien de ‘nauwe samenhang’ tussen de inningsbevoegdheid en de aan de vordering verbonden zekerheden, zie Kortmann 2005, p. 67-68.

[\[78\]](#)

Zie ook A.A.C. Guillaume, ‘De zekerheid van derdenbeslag’, *WPNR* 2006/6684 (hierna: Guillaume 2006), p. 725; J.C. van Straaten, ‘Beslag op een hypothecaire vordering geeft beslaglegger hypothecaire voorrang’, *JBN* 2005, juli-augustus, p. 6. Zie anders L.P. Broekveldt, ‘Uitwinning van aan een beslagen vordering verbonden zekerheden’, *TCR* 2005, p. 112-113.

[\[79\]](#)

Zie ook Guillaume 2006, p. 725.

[\[80\]](#)

Zie voetnoot 64.

[\[81\]](#)

Vermeulen leidt dit wel af uit Rabobank/Stormpolder Vastgoed c.s. Op grond van dit arrest neemt hij aan dat nevenrechten als sequeel van de inningsbevoegdheid kunnen worden uitgewonnen, zie F.E. Vermeulen, 'Vertegenwoordigingsperikelen in de civiele procedure', *MvV* 2005, nr. 9, p. 166. Zo ook Guillaume 2006, p. 724; Biemans 2006, p. 99.

[\[82\]](#)

Zie voetnoot 3